demselben Platze Gutachten über dort bestehende Uebungen in ganz entgegengesetztem Sinn einlaufen, sämmtlich von angesehenen Handelshäusern unterzeichnet, daß sogar dieselben Kaufleute über denselben Handelsgebrauch sich in zwei juristisch ganz gleichgearteten Fällen verschieden aussprechen. Mir ist vorgekommen, daß dasselbe Haus für denselben Fall zwei abweichende Parere unterzeichnet hat. Ich bin weit entfernt, den Grund hievon nur in Mangel an Gewissenhaftigkeit zu suchen, obwohl in dieser Hinsicht häufig zu wünschen übrig bleibt. Manches erklärt sich daraus, daß der kaufmännische Sachverständige sehr oft keine ganz unparteiische Stellung hat, weil er in der fraglichen Art von Geschäften entweder vorwiegend Abnehmer oder vorwiegend Versteller ist; durch diesen Standpunkt wird unbewußt sein Urtheil getrübt. Dann aber wirkt ganz besonders der Umstand mit, daß der nichtjuristische Geschäftsmann sich nur wenig auf den abstrakten Standpunkt zu erheben und eine Frage abgelöst von den besonderen Eigenschaften des einzelnen Falls zu beantworten vermag. Daher auch die Abneigung der Kaufleute, ihr Gutachten schlechthin auf die vom Richter formulirte Frage ohne Mittheilung der concreten Streitsache abzugeben.

III.

Die Einrede der Litispendenz, insbesondere im Executivprozeß.

Von Herrn Professor Dr. **Goldschmidt**
in Heidelberg.

Dem Spruchcolleg in Heidelberg lag zur Entscheidung in dritter und letzter Instanz folgender Fall vor.

Durch Schuldurkunde vom 1. Juni 1858 hat D. L. anerkannt, mit W. L. auf alle bis dahin gemachten Handelsgeschäfte abgerechnet zu haben, demselben 1143 fl. schuldig geblieben zu sein, und deren Zahlung mit vierteljährlich 25 fl.

Capital und mit zwei Procent Zinsen jährlich versprochen. Aus dieser Schuldurkunde klagte W. L. gegen D. L. zunächst im Executivprozeß auf Zahlung rückständiger Zinsen. Beklagter wurde, unter Verweisung seiner Einreden zur Separatausführung, verurtheilt, zum gerichtlichen Depositum zu zahlen, und hat demnächst eine Klage auf Restitution des Geleisteten und Rückgabe des Schuldscheines angestrengt, indem er Unkräftigkeit und arglistige Erschleichung des Schuldscheines, sowie geschehene Zahlung der klägerischen Forderung behauptete. Während dieser Separatprozeß noch schwebte, wurde von demselben Kläger gegen denselben Beklagten aus der gleichen Schuldurkunde eine Executivklage auf die vom 1. Juni 1858 bis zum 1. März 1865 fällig gewordenen, bisher unberichtigten Capitalposten von zusammen 675 fl. erhoben. Dieser Klage setzte Beklagter unter anderen die Einrede der Litispendenz aus dem über die Gültigkeit und Kräftigkeit der Schuldurkunde schwebenden Separatprozesse entgegen.

In Uebereinstimmung mit den beiden Vorinstanzen, dem Landgräflich Hessischen Justizamt und der Landgräflichen Landesregierung zu Homburg, wurde die Einrede vom Spruchcolleg zu Heidelberg verworfen, indem es den nachstehenden Ausführungen des Referenten beitrat:

1) Geht man von der Ansicht aus, daß die exc. litis pendentis im Wesentlichen, bis auf die beseitigte indirecte Consumtionskraft, der exceptio rei in judicium deductae des klassischen römischen Rechts [1]) entspreche,[2]) so steht dieselbe offenbar im vorliegenden Falle nicht entgegen. Denn durch die exc. rei in jud. deductae kann immer nur die Wiederholung derselben Klage ausgeschlossen werden, und nur insoweit fallen ihre Bedingungen und Wirkungen mit denen der exc.

1) Cicero de oratore I. 37. Gaius IV. 106, 107, 131.

2) Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte II. §. 79. v. Bethmann-Hollweg, der Civilprozeß des gemeinen Rechts. I. §. 103, 153. Puchta, Vorlesungen I. §. 96 a. E. Arndts, Pandekten §. 113, not. 3. Francke, Archiv f. civil. Praxis XVI. S. 443 ff. Wetzell, System des ord. Civilproz. 2. Aufl. §. 14, not. 41 ff.

rei judicatae zusammen.[3]) Eine Identität der Klagen aber liegt hier nicht vor, mag man den über die Gültigkeit der Schuldurkunde schwebenden Prozeß als eine blose Fortsetzung des Prozesses über die Zinsen betrachten[4]), oder als einen besonderen Prozeß. Denn bei der ersten Annahme ist unzweifelhaft, daß aus der nur über die Zinsen angestellten Klage keine exceptio rei in jud. deductae gegen die Klage auf das Capital entnommen werden kann.[5]) Bei der zweiten Annahme liegen ersichtlich zwei völlig verschiedene Klagen vor, von denen die eine durch die Anstellung der andern nicht in judicium deducirt ist: eine Klage des jetzigen Beklagten auf Herausgabe der bezahlten Zinsen und Cassation des Schuldscheins — die vorliegende Klage aus der Abrechnung auf Zahlung der Capitalsumme.[6])

Zu dem gleichen Ergebniß, obwohl aus andern Gründen, gelangt man bei der richtigeren Annahme, daß die exc. litis pendentis des heutigen gemeinen Prozeßrechtes zwar an die Stelle der Röm. exc. rei in jud. deductae getreten, aber mit derselben keineswegs, auch nur in der Hauptsache identisch sei, vielmehr einestheils enger als die römische Einrede nur die gleichzeitige Verhandlung derselben Streitsache, übrigens nicht allein bei verschiedenen Gerichten, sondern auch bei demselben Gerichte ausschließe,[7]) andererseits, weit über die römische

---

3) S. auch Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 282 ff.

4) Briegleb, Einleitung in die Theorie der summar. Prozesse S. 351 ff.

5) L. 23 D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 1 C. de jud. (3, 1). v. Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 103, not. 82, 63, §. 111, not. 45 ff., 75, 76. Bekker, Prozeß. Consumtion S. 239 ff. Wetzell a. a. O. §. 47, not. 43. Hierin auch ubereinstimmend: v. Savigny, System VI. S. 452. v. Vangerow, Pandekten §. 173. Windscheid, Pandekten §. 130, not. 13, 14.

6) Bekker a. a. O. S. 130 ff. v. Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproz., 9. Aufl. §. 78 II. §. 174 III.

7) Planck, Mehrheit S. 16 ff. 282 ff. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß II. S. 127. Windscheid, die Actio S. 68, not. 10. Windscheid, Pandekten §. 124,

Einrede hinausgehend, nicht allein die mehrmalige Verhandlung derselben Klage (actio), sondern derselben Rechtsfrage (quaestio) unter denselben Parteien ausschließe, somit ihren Inhalt wesentlich der positiven Function der exc. rei judicatae entnehme.[8]) Von diesem Standpunkt ist scheinbar die Einrede begründet. Denn die im Vorprozeß angestellte Klage auf Herausgabe der Schuldurkunde vom 1. Juni 1858 gründet sich unstreitig auf die ursprüngliche oder gegenwärtige Unkräftigkeit dieser Urkunde. Würde nun im Vorprozeß entschieden, daß die fragliche Schuldurkunde, weil ungültig ausgestellt oder durch Zahlung erledigt, unkräftig und dem Beklagten in vorliegendem Prozeß herauszugeben sei, so würde dieses Urtheil offenbar einer neuen Executivklage aus eben dieser Urkunde, wenn gleich auf einen andern Theil der Zins- oder Capitalforderung, entgegenstehen. Denn wenn es auch wahr ist, was Kläger anführt, daß der Schuldschein die Forderung nicht begründet, sondern nur beweis't, und daß trotz der Ungültigkeitserklärung des Schuldscheins die Forderung gleichwohl bestehen bleiben könnte, so würde doch, von allem Andern abgesehen, im Executivprozeß der Kläger nicht durchzubringen vermögen, weder ohne thatsächlichen Besitz der Schuldurkunde, noch trotz dieses Besitzes, sofern die Gültigkeit der zur Begründung des Executivprozesses nothwendigen Urkunde durch eine völlig liquide exceptio rei judicate entkräftet würde.

Während das Urtheil im Executivprozeß gar nicht über die rechtliche Geltung der Forderung, sondern nur provisorisch über deren Vollstreckbarkeit entscheidet, eben darum aber einem späteren Urtheil, welches die rechtliche Geltung der Forderung, bezw. der darüber lautenden Urkunde verneint, nicht entgegensteht, [9])

---

not. 1. Unger, System des Oesterr. Privatrechts II. S. 528 not. 27. Urtheil des O.A.G.'s zu Lübeck 1853 (Seuffert's Archiv VI. Nr. 257.)

8) Buchka a. a. O. II. S. 28, 135. Wesentlich auch Planck a. a. O. Urtheil des O.A.G.'s zu Darmstadt 1858 (Archiv f. prakt. Rechtswissensch. VI. S. 479—484). U. des O.A.G.'s zu Wiesbaden 1849 (Seuffert's Archiv X. Nr. 292).

9) L. 5 §. 9 D. de agnosc. et al. lib. (25, 3), l. 12—14 pr. §. 3 D. de

so ist doch keineswegs umgekehrt richtig, daß eine anderweitig vor Erledigung des Executivprozesses unter denselben Parteien dahin ergangene rechtskräftige Entscheidung, daß die Urkunde, auf welche die Executivklage sich gründet, rechtlich unwirksam sei, auf die Entscheidung des Executivprozesses keinen Einfluß äußere, um so weniger, als unstreitig eine jede in continenti liquidirliche, auf die Ungültigkeit der Urkunde gegründete Einrede auch im Executivprozeß [10]) berücksichtigt werden muß. Die provisorische Wahrheit des im Executivprozeß ergehenden Bescheides, daß aus der producirten Urkunde sich die eingeklagte Forderung ergebe, muß der definitiven Wahrheit weichen, daß die Urkunde unkräftig ist. Wäre somit der mitunter [11]) behauptete Satz, daß die exceptio litis pendentis schlechthin soweit reiche, als die exc. rei judicatae in ihrer positiven Function, begründet, so würde allerdings die vorliegende Klage wegen der völlig liquiden exc. litis pendentis angebrachtermaßen zurückgewiesen werden müssen. Allein in dieser Allgemeinheit geht jener Satz zu weit, [12]) wie sich namentlich im Executivprozeß zeigt.

Man darf gegen solche Beschränkung nicht, wie in Entscheidungen bayerischer Gerichte [13]) geschehen ist, aus der angeblich absoluten Natur der exc. litis pendentis argumentiren, sondern es ist dabei einerseits Natur und Zweck des Executivprozesses zu berücksichtigen, welcher die provisorische Execution erheischt, sofern nicht in continenti sich die klägerische Forderung als ungegründet herausstellt, andererseits in Betracht zu ziehen, daß sowohl die exc. litis pendentis wie der Executivprozeß nur auf gemeiner Gewohnheit beruhen,

---

exc. rei jud. (44, 2) — idem jus. — Briegleb, Executivprozeß I. S. 84, 85, 93 ff. Briegleb, summarische Prozesse S. 203, 307, 343 ff., 360, 361. Bayer, Theorie der summar. Prozesse §. 47. Planck, Mehrheit S. 264 ff. Buchka a. a. O. II. S. 143, 144.

10) Briegleb, Executivprozeß I. S. 106.

11) Z. B. Buchka II. S. 135.

12) S. auch Planck a. a. O. S. 282 ff. Wetzell a. a. O. §. 47 not. 80. Urth. des O. A. G.'s zu Cassel 1845, 1832 (Seuffert IX Nr. 80).

13) Arends, Sammlung I. S. 165. Blätter für Rechtsanwendung in Bayern XI. S. 56.

daher ihr gegenseitiges Verhältniß nur aus den Erörterungen der Juristen und der Praxis der Gerichte entnommen werden kann, in welchen das Gewohnheitsrecht bezeugt wird und sich darstellt.

Nun findet sich bei den bewährtesten italienischen und deutschen Schriftstellern und in der deutschen Praxis, mit kaum nennenswerthen Ausnahmen, der Satz anerkannt, daß eine Executivklage durch die Einrede der Litispendenz wegen eines über die Gültigkeit derselben Urkunde, auf welche sich die Executivklage stützt, schwebenden Prozesses nicht aufgehalten werden könne.[14])

Allerdings wird dieser Satz mitunter in der engeren Fassung aufgestellt, daß der im Executivprozeß zu Belangende nicht durch dolose Voranstellung der condictio sine causa oder instrumenti den Gang des Executivprozesses zu hemmen oder durch solche Voranstellung die Executivklage zu hindern befugt sei.[15]) Indessen wird in dieser Fassung eben nur der gewöhnlichste Fall in Betracht gezogen, und es erhellt nicht, daß andere seltenere Fälle, wie der vorliegende, ausgeschlossen werden sollen. Andernfalls wären jene Beschränkungen unrichtig. Einmal der Gesichtspunkt des dolus. Denn der vorklagende Schuldner versirt bei Anstellung der condictio weder nothwendig noch auch nur regelmäßig in dolo. Glaubt derselbe die Unkräftigkeit der Schuld-

14) Antonius de Canario (Briegleb, Executivprozeß II. S. 165, 166). Rebuff (eod. II. S. 207). Brokes, observ. for., obs. 589 (der sehr ähnliche Rechtsfall). A. D. Weber, Beiträge zur Lehre von den Klagen und Einreden S. 21. Briegleb, Executivproz. I. Nr. 106, 207. Linde, Lehrb. des Civilproz. §. 360 not. 3. Planck a. a. O. S. 264 ff. U. des O. A. G.'s zu Darmstadt 1834, 1858 (Archiv f. prakt. Rechtswissensch. VII. Nr. 402, VI. S. 486—488). Dies erkennt selbst Buchka II. S. 143 an, obwohl aus unzutreffenden Gründen, zu denen ihn seine Auffassung der exc. litis pendentis führt.

15) U. des O. A. G.'s zu Lübeck 1832 (Samml. in Frankfurter Rechtssachen, Sauerländer, IV. S. 371 und dort Citirte), 1840 (Seuffert's Archiv IX. Nr. 215). U. des O. A. G.'s zu Darmstadt 1829, 1858 (Seuffert's Archiv III. Nr. 229, Archiv f. prakt. Rechtswissensch. VII. S. 381, VIII. S. 51 ff., 53). Bayer, summar. Prozesse §. 46 a. E.

urkunde darlegen zu können, so hat er ein Recht auf Cassation bez. Rückgabe derselben, und er handelt nur in seinem Recht, sofern er durch Voranstellung der condictio zu verhindern sucht, daß er weiterhin auf Grund der Urkunde in Anspruch genommen werde. Nicht minder ist es völlig gleichgültig, ob der Schuldner freiwillig die Vorklage angestellt hat, um dadurch die Executivklage zu verhindern, oder ob er durch eine frühere Klage des Gläubigers aus eben dieser Urkunde veranlaßt oder gar vom Richter im Vorprozesse ermächtigt worden ist, eine Nachklage anzustellen, welche, wenn gleich Fortsetzung des alten Prozesses, doch thatsächlich gegen eine spätere Klage desselben Gläubigers den Charakter einer Vorklage trägt, ohne daß sie diesem späteren Prozeß gegenüber als solche gemeint war.

Steht daher wegen eines noch nicht eingeklagten Forderungsrestes dem Gläubiger eine weitere Klage aus derselben Urkunde zu, so gilt von der durch den ersten Prozeß veranlaßten Nachklage des Schuldners auf Cassation der Urkunde gegenüber dieser zweiten Klage ganz dasselbe, was von ihr gelten würde, wenn sie aus freien Stücken vor der ersten Executivklage des Gläubigers angestellt worden wäre. Gelingt es also dem Schuldner, den Prozeß über die Cassation der Urkunde früher zu einem günstigen Entscheide zu führen, als dem Gläubiger die Durchführung des Executivprozesses gelingt, so wird er im letzteren stets mit der exceptio rei judicatae durchdringen, mag der Executivprozeß vor oder nach Erhebung der condictio angestrengt sein. Gelingt dagegen die frühere Beendigung des Condictionenprozesses nicht, so nehmen eben beide Prozesse neben einander ihren ungehinderten Fortgang, ohne daß in dem einen oder dem andern die Einrede der Litispendenz entgegengestellt werden könnte.

Ungegründet ist auch die Annahme des Beklagten, daß, bei Nichtberücksichtigung dieser Einrede, in dem bevorstehenden Separatprozeß zur vorliegenden Klage wiederum über die Rechtsgültigkeit der Schuldurkunde vom 1. Juni 1858, trotz des darüber bereits schwebenden Prozesses, verhandelt werden könnte. Denn falls Beklagter nunmehr in separato die Nichtexistenz der klägerischen Forderung aus eben den Gründen behaupten

sollte, welche er in der Separatklage zum Vorprozesse über die Zinsen geltend gemacht hat, so würde Kläger seinerseits die Verhandlung über diese Fragen bis zur Entscheidung des schwebenden Condictionenprozesses mit der exc. litis pendentis ablehnen dürfen. Die Rechtshängigkeit äußert somit volle Wirkung, nur nicht zu Gunsten des jetzigen Beklagten im Executivprozeß, sondern zu Gunsten des jetzigen Klägers in dem etwa folgenden Separatprozeß. Und würde in dem schwebenden Separatprozeß entschieden, daß die Urkunde rechtsgültig sei und die Forderung des Executivklägers zu Recht bestehe, so würde derselbe einer späteren Separatklage zu dem vorliegenden Executivprozeß mit der exc. rei judicatae begegnen können.

IV.

Zur Lehre von den pflichttheilswidrigen Schenkungen.

Ein Rechtsfall.

Mitgetheilt von Fitting.

Obgleich diese Zeitschrift eine regelmäßige und fortlaufende Mittheilung von Rechtsfällen und Rechtssprüchen sich nicht zur Aufgabe gesetzt hat, so liegt in ihrem Programme doch auch nichts, was derartigen Mittheilungen irgend im Wege stünde, sofern sie nur sonst im Stande sind, dem Leser ein genügendes Interesse zu bieten und zur richtigen Erkenntniß oder Anwendung des Rechtes in etwas beizutragen. Alle diese Eigenschaften wird man aber dem folgenden Rechtsfall nicht bestreiten können, welcher am Anfange vorigen Jahres in der Appellationsinstanz dem Spruchcollegium in Halle zur Entscheidung vorgelegen hat, und ich darf daher hoffen, von Seiten der Leser keinen Vorwurf zu erfahren, wenn ich ihm hier, übrigens in möglichst freier Form und mit Beiseitelassung alles minder wichtigen oder interessanten, einen Platz einräume.